

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO**



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS COMO  
CONSECUENCIA DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**TESIS DOCTORAL**

**LUIS FELIPE TOVAR GARCÍA**

**DIRECTORA:**

**Dra. EVA M<sup>a</sup> MARTÍNEZ GALLEGO**

**SALAMANCA, 2015**

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

ABREVIATURAS.....	7
-------------------	---

### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS ACTOS CONCURRENTIALES EN EL MERCADO**

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.....	9
2. LA FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL: DE LA TUTELA PATRIMONIALISTA Y AQUILIANA DE LA COMPETENCIA AL DERECHO ORDENADOR DE LAS CONDUCTAS Y PRÁCTICAS DE COMPETENCIA EMPRESARIAL EN EL MERCADO.....	12
2.1. Un breve repaso de la formación de la competencia desleal en los principales países europeos, EEUU y Perú.....	17
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO.....	31
3.1. Los principios constitucionales de Libertad de Empresa y Libre Competencia y su incidencia en el sistema de la responsabilidad civil.....	32
3.2. El Derecho de la competencia como medio para la ordenación jurídica del sistema económico y como fundamento jurídico para la reparación del daño.....	39
3.2.1. El resarcimiento de los daños en la nueva Ley de Defensa de la Competencia.....	41

3.2.2. La nueva Ley de Competencia Desleal en el Derecho español.....	45
A. Las acciones previstas por actos de competencia desleal.....	48
B. Las normas de responsabilidad civil extracontractual como medio para sancionar los actos de competencia desleal.....	53
4. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA.....	58

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL COMPORTAMIENTO DESLEAL PRODUCIDO EN EL MERCADO**

1. INTRODUCCIÓN.....	67
2. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA SITUACIÓN INDEMNIZABLE COMO INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DESLEAL.....	68
3. LA DECLARACIÓN DE DESLEALTAD DE UN COMPORTAMIENTO CON TRASCENDENCIA EN EL MERCADO.....	74
3.1. Los elementos integrantes del acto de como hechos desencadenantes del daño.....	77
3.1.1. El elemento subjetivo.....	78
A. El acto es realizado por persona física o jurídica.....	78
3.1.2. Los elementos objetivos.....	82
A. La conducta con trascendencia en el mercado.....	82
B. Finalidad concurrencial.....	85

### CAPITULO TERCERO

## **EL FACTOR DE IMPUTACIÓN POR ACTOS DESLEALES: EL DEBATE ENTRE UN SISTEMA SUBJETIVO Y UN SISTEMA MIXTO EN EL QUE CONVIVEN LA CULPA, LA ANTIJURIDICIDAD Y LOS FACTORES OBJETIVOS**

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	91
2. LA CONDUCTA ILÍCITA DESLEAL QUE DA LUGAR A LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA ANTIJURIDICIDAD LA CULPABILIDAD Y LOS FACTORES OBJETIVOS.....	92
2.1. Cuestiones previas: la antijuridicidad y la culpabilidad en el Código Civil español.....	94
2.1.1. La antijuridicidad como elemento de carácter objetivo.....	94
2.1.2. La culpabilidad como elemento de imputación.....	100
2.2. La conducta ilícita desleal para fundamentar la reparación del daño.....	104
2.2.1. La antijuridicidad como elemento cualificador del acto desleal.....	105
2.2.2. La culpa desleal como elemento de imputación: problemas para su aplicación.....	108
A. Identificación del problema.....	111
2.2.3. Los instrumentos probatorios al alcance de la víctima para suplir el problema de la prueba de la culpa.....	115
A. La inversión de la carga probatoria para establecer un sistema de presunción de la culpa en los actos desleales.....	116
B. El principio <i>res ipsa loquitur</i> como instrumento de prueba de la culpa.....	128
B.1. <i>res ipsa loquitur</i> . motivos para su aplicación.....	133

B.1.1. La culpa sigue existiendo como elemento de la acción que causó el daño.....	133
B.1.2. Aplicación de la libre valoración de la prueba.....	134
B.1.3. Reduce los riesgos de cometer un error.....	135
B.1.4. Evita la violación del principio constitucional de la libertad de empresa.....	135
2.3. Importancia de la antijuridicidad en detrimento de la culpabilidad en los actos de competencia desleal.....	136
2.3.1. Los elementos que definen la antijuridicidad en la LCD.....	137
A. La cláusula general en la Ley de Competencia Desleal.....	138
A.1. Fuentes de integración de buena fe «concurrencial».....	144
2.3.2. Características de la antijuridicidad en los actos tipificados como desleales por la LCD.....	147
4. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: LA CULPA COMO ELEMENTO INHERENTE A LA ACCIÓN QUE CAUSO EL DAÑO.....	150

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE Y SU INCIDENCIA EN EL AMBITO DE MERCADO**

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.....	159
2. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO COMO ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA ESTRUCTURA DE LOS HECHOS JURÍDICOS ILÍCITOS DESLEALES QUE ORIGINAN UNA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	161
2.1. El daño lícito concurrencial causado al competidor como elemento connatural del acto de competencia.....	165

3. REPARACIÓN DEL DAÑO DESLEAL RESARCIBLE COMO RESULTADO DE UNA ACCION ANTIJURÍDICA.....	167
3.1. Particularidades de los daños como presupuesto para su resarcimiento.....	169
3.2. Los daños y perjuicios jurídicamente indemnizables.....	175
3.2.1. Daño patrimonial como presupuesto del daño resarcible.....	178
3.2.2. El daño moral en el ámbito de la competencia desleal.....	184
3.3. Formas de reparación del daño.....	189
3.3.1. Reparación específica o <i>in natura</i> por actos desleales.....	191
3.3.2. Indemnización por equivalente: características.....	193
4. CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTOS DESLEALES: PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES.....	198
4.1. La existencia de un daño efectivo: el debate entre la presunción y la acreditación del daño o perjuicio sufrido.....	199
4.1.1. El daño <i>in re ipsa</i> por actos desleales: Las líneas interpretativas de la jurisprudencia.....	201
A. Carácter excepcional de la doctrina: circunstancias concretas que la justifican.....	203
B. Consideraciones finales acerca del daño <i>in re ipsa</i> por actos desleales.....	206
4.2. La cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado: su problemática actual.....	210
4.2.1. La prueba del lucro cesante como ganancia probable.....	211
A. La prueba de la existencia del lucro cesante.....	214
B. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada.....	216
4.2.2. Prueba y cuantificación del daño moral.....	222
4.3. La reparación integral del daño.....	227

## **CAPITULO QUINTO**

### **RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO CONCURRENCIAL DESLEAL Y EL DAÑO**

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.....	231
2. IMPORTANCIA DE LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	233
3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO PRESUPUESTO QUE CUALIFICA LA CAUSALIDAD.....	237
4. LA CAUSALIDAD ADECUADA COMO TEORIA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS ACTOS DESLEALES.....	240
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	 249
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA.....</b>	<b>255</b>

## **INTRODUCCION**

### **Consideraciones generales**

Es principio general de desenvolvimiento de una economía de mercado la libertad de ejercicio de la actividad económica en régimen de competencia, principio que reconoce excepciones que pueden ser de base constitucional, legal o contractual. La vulneración de estos principios tendrá consecuencias jurídicas en el mercado, es decir que esta vulneración producirá daños en el mercado, por lo que la reparación del daño constituye el principal medio de defensa de todos los participantes en el ámbito concurrencial.

Estos daños jurídicamente indemnizables producidos en el ámbito concurrencial se encuentran sometidas a regímenes especiales de responsabilidad reguladas en leyes específicas. Hay que recordar que la evolución de la responsabilidad civil se fundamenta directamente en el nacimiento de nuevas situaciones atípicas, por lo que el fenómeno de establecer reglas especiales en el campo de la responsabilidad extracontractual es perfectamente explicable y tiene amplio reconocimiento en el mundo.

Al respecto, con bastante acierto ALPA señala que «con el correr de los años, los regímenes especiales de responsabilidad civil se han multiplicado. Nuevas tecnologías, formas de cooperación económica, formas de interacción social, han creado nuevas ocasiones para la producción de daños. En lugar de remitir estas hipótesis a las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código, que están gobernadas por criterios subjetivos y objetivos de imputación, el legislador ha preferido introducir –o proyectar la introducción de- regímenes especiales de responsabilidad civil que constituyen excepciones al régimen general en lo que



atañe a la imputación de la obligación resarcitoria, al ámbito operativo de las reglas, a los tipos de daños resarcibles y a las modalidades de resarcimiento»<sup>1</sup>.

De esta manera, los principios que inspiran las normas generales del Derecho de daños, tales como *alterum non laedere*, de indemnidad e integridad del daño, reaccionan frente a la existencia de un perjuicio independiente al escenario en que ello suceda. Así, concretar el nacimiento de la obligación de reparación sólo a supuestos legalmente tipificados resulta contrario a la naturaleza de la responsabilidad civil. Según ésta, la existencia de un evento dañoso jurídicamente relevante no deriva de su carácter típico, sino de la concurrencia de elementos integrados en diversos ámbitos sociales y jurídicos.

Es así que la Ley 29/2009 en materia de competencia desleal y publicidad ilícita tiene como finalidad «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita...» (art. 1 LCD), reputándose desleal todo comportamiento «que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales...» (art. 2 LCD) y que «resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe...» (art. 4 LCD) o se encuentre dentro de los tipificados en los artículos 5 al 18 de la LCD. Contra esta vulneración existen una serie de acciones judiciales que protegen a consumidores y usuarios en lo concerniente a la competencia desleal (art. 32 LCD).

Entre todas estas acciones civiles en materia de competencia desleal, se encuentra la reparación del daño causado. Esta viene a constituir uno de los principales elementos de tutela del interés de todo operador económico organizado en un ámbito de mercado. Esta acción civil se encuentra regulada en el art. 32.1.5 LCD, el mencionado artículo no se diferencia en nada de la acción general de responsabilidad civil extracontractual. Si bien no nos remite de forma expresa a las leyes civiles, por su redacción y función se deduce claramente su

---

<sup>1</sup> Vid., ALPA, Guido, *Nuevo tratado de Responsabilidad Civil*, Jurista Editores, Lima, 2006. [Edición, traducción y notas de Leysser León, profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú], pág. 289.

identificación con la acción que deriva del artículo 1902 CC, es decir que no se diferencia en nada de la acción general de responsabilidad civil extracontractual. Por lo que la acción objeto de estudio es esencialmente civil.

Pero incorporar un sistema general como el de la responsabilidad civil a un determinado ámbito socio económico y jurídico implica una necesaria adecuación jurídica. Por lo tanto, esta adecuación debe darse respetando los principios constitucionales que rigen los actos concurrenciales en el mercado (libertad de empresa, libre competencia), que dotará de eficacia y seguridad jurídica a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos desleales.

A pesar de su importancia en la tutela de los participantes en el mercado con fines concurrenciales, esta sigue generando diversos tipos de problemas. De esta manera se cuestiona en algunos casos, como lo veremos en el transcurso de esta investigación, si la responsabilidad extracontractual o *aquiliana* es la adecuada para sancionar los actos de competencia desleal. Es decir, si esta está facultada para orientar a una ordenación institucional de un sistema económico fundado en el mercado y en la competencia.

### **Objetivo principal y plan de trabajo**

Nuestro objetivo en esta investigación es el de estudiar los presupuestos o elementos constitutivos para que la acción desleal sea resarcida. Este estudio tiene como finalidad la de analizar sus fortalezas y ventajas así como los problemas que puedan acarrear su aplicación y buscar las posibles soluciones a estos problemas.

De esta manera, el trabajo se inicia estudiando la formación y evolución de la competencia desleal en los principales países europeos además de los EE.UU. Estos antecedentes son esenciales para entender la regulación de la LCD española así como para ver cuales pueden ser las posibles causas de los problemas que acarrea su aplicación. Luego entraremos de lleno a la LCD, en la que analizaremos la «acción» desleal, que viene hacer el primero de los elementos de la LCD.

Sabemos que por regla general la conducta del agente es contemplada como un hecho o comportamiento positivo, que el art. 1902 CC lo califica como acción. Pero también el artículo mencionado se refiere a las omisiones que vienen a hacer una conducta de carácter negativo y que consiste en no llevar a cabo una determinada conducta, al señalar que «*el que por acción u omisión...*».

Vemos pues que tanto daño puede ocasionar un comportamiento activo como una abstención, ambas vienen a constituir un acto humano de agresión injustificada de un bien, situación diferente a la que sucede en la Ley de Competencia Desleal, ya que esta no presenta el carácter general que caracteriza a la acción u omisión del artículo 1902 CC. Esta Ley tiene un ámbito más restringido, tanto objetiva como subjetivamente, debido, fundamentalmente, a su inclusión en un ámbito de competencia en el mercado.

El problema de las omisiones es que en un acto de competencia desleal se requiere un comportamiento positivo para la petición de resarcimiento de daños y perjuicios. Es decir, que la lesión patrimonial o moral esté ligada a la conducta del infractor por su actuación por dolo o culpa.

En el tercer capítulo abordaremos el tema de la culpa, elemento que viene a constituir el factor de imputación que determina si el ilícito consumado se encuentra en un sistema de carácter subjetivo u objetivo. Aunque en la LCD es la culpa la que viene exigida explícitamente como uno de los requisitos necesarios para la condena al resarcimiento de daños y perjuicios, esta no deja de ser complicada en el momento de su prueba. Se discute si debe darse paso de un sistema de responsabilidad subjetivo de carácter absoluto a un sistema mixto en el que conviven la culpa, la presunción de culpa y las distintas teorías que sustentan la responsabilidad de naturaleza objetiva.

En el cuarto capítulo analizaremos el daño, un elemento de suma trascendencia en esta investigación. En estos casos es necesaria la concurrencia de un daño efectivo, pues la realización de un ilícito concurrencial que no llegue a causar un

daño, o que solo perjudique a la economía como bien jurídico general, dará lugar a las correspondientes sanciones, pero no podrá derivar en responsabilidad civil.

Pero no solo se trata de que se produzca un daño efectivo, la antijuridicidad es una característica especialmente importante ya que en una economía dinámica los menoscabos sufridos por los distintos operadores del mercado son habituales, por regla general el daño sufrido por los participantes en el mercado por el fenómeno competitivo, cae dentro de la juridicidad, es lícito, o si se prefiere, legítimo.

Frente a estos casos, las preguntas que nos hacemos son ¿por qué unos daños son indemnizables y otros no?, ¿Cómo se prueba la existencia de un daño efectivo? ¿Cómo cuantificamos el daño?, etc.

Y por último, veremos la causalidad en los actos desleales. Es decir la existencia de una relación de causalidad entre la acción desleal y el daño. La consecuencia natural de la libertad que se le reconoce a todo individuo. En ese orden de ideas, solo podemos reconocer la libertad si entendemos que, como agentes, somos el *dominus* de lo que hacemos o dejamos de hacer y por lo tanto, somos responsables por sus resultados.

Pues bien, todo ello se hace patente en la exigencia del vínculo de causalidad. La mejor expresión de que solo somos responsables por los resultados que causemos es la causalidad, en virtud de la cual, como somos dueños de nuestras propias acciones, somos también dueños de sus resultados.

Sobre este tema, existe una diversidad de teorías sobre la causalidad que cada una de ellas tratan de explicar los factores que permiten identificar en una situación concreta la causa que ha dado origen al daño. Al respecto la doctrina y la jurisprudencia no se han mostrado favorables por ninguna teoría en especial.

En general, el estudio de todos los aspectos antes mencionados, nos permite identificar su importancia, su utilidad y los aspectos más conflictivos que origina su funcionamiento. Sin embargo, la aplicación de la sanción de indemnizar

económicamente los daños a través de su acción correspondiente no es tarea fácil y ha sido objeto de grandes discusiones doctrinales.

## **CONCLUSIONES**

### **I**

El principio en materia de responsabilidad civil es siempre el mismo, quien causa un daño debe repararlo. El escenario de los comportamientos por actos desleales no es la excepción al principio anterior, es decir, la LCD especifica que los requisitos que deben concurrir para el éxito de la reparación de resarcimiento de los daños y perjuicios son los mismos que dan vida a la responsabilidad civil aquiliana (art. 1902 CC), ello hace que los elementos estructurales de la responsabilidad civil sean los generales y que las particularidades vengan dadas por las normas de la Ley de Competencia desleal.

### **II**

Los principios rectores que rigen la concurrencia en el mercado, libertad de empresa y la libre competencia, serán los límites de la responsabilidad civil. Es decir que esta última se aplicará respetando los mencionados principios constitucionales, ya que a través de estas se producirá una lucha concurrencial produciéndose inevitablemente un daño que no siempre será resarcible. Por lo tanto, cuando se dé la aplicación de la responsabilidad civil en un ámbito de mercado debe tenerse presente la existencia de determinados principios de rango constitucional.

### **III**

El art. 1902 CC descansa en el principio de la culpa. La exigencia de la culpabilidad irrestricta es uno de los mayores obstáculos que presenta la aplicación

del art. 1902 del Código Civil. El viejo dogma de la responsabilidad por culpa ha quedado obsoleto ante los avances industriales.

Es así que en algunos sistemas jurídicos y bajo algunos supuestos especiales, la existencia de la culpa se presume, con lo cual se logra aligerar la carga probatoria de la víctima y se obtiene una distribución equitativa de los riesgos que derivan del ejercicio de ciertas actividades económicas. Nos referimos específicamente a la inversión de la carga probatoria y al principio *res ipsa loquitur*. En ambos casos los instrumentos probatorios de la culpa se encuentran al alcance de la víctima.

#### IV

Pero además, estos instrumentos probatorios son los más adecuados para alcanzar un nivel satisfactorio de seguridad jurídica, permitiendo, además, que se obtenga una tutela efectiva de los tribunales de acuerdo al artículo 24 CE.

#### V

Los instrumentos probatorios al alcance de la víctima permiten el paso de un sistema de responsabilidad subjetivo basado en la culpa a un sistema mixto, en el que la culpa se presume permitiendo la existencia de esta como elemento de la acción que causó el daño. De esta manera se respeta la tradición civilista que sigue el CC español.

#### VI

Con la suavización de la prueba de la culpa al presumirla, se corre el peligro de que se pretenda que todo acto de competencia sea considerado desleal y solicitar su resarcimiento. Es en estos casos que la antijuridicidad pasará a cumplir un

papel importante en el ámbito de la competencia, ya que esta determinará que hechos serán injustos y por lo tanto deberán ser resarcidos.

## **VII**

La cuantificación del daño se realizará a través de indicios, conjeturas sobre que habría ocurrido probablemente sin la infracción desleal, por lo que es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia, un escenario donde no ha ocurrido la infracción, con el que comparar la situación real.

En el mercado se puede producir daños por diferentes tipos de acto desleal por lo que esta condicionará los posibles modos de cálculos de las ganancias que se han dejado de obtener. Es decir, en la cuantificación del lucro cesante se tendrá en cuenta el tipo de daño desleal por lo que el demandante solicita reparación, ya que de acuerdo a ella se determinará qué clase de variables económicas deben ser tenidas en cuenta. En estos casos pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto.

## **VIII**

Tratándose de los daños morales, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la indemnización tiene como fin compensar el sufrimiento padecido es decir indemnizar un perjuicio realmente ocasionado, por lo que se debe probar el hecho que ha dado lugar a la repercusión en su imagen. Pero en estos casos no se trata de probar un dolor o sentimiento, sino de probar la vulneración del honor en sentido comercial.



También se ha reconocido un margen de flexibilidad respecto a la prueba de los daños morales y, en consecuencia, un alto grado de discrecionalidad del juez para apreciar tanto la intensidad del daño como su quantum indemnizatorio

## IX

La aplicación de los daños *in re ipsa* es solo un casos excepcionales, se producirá cuando existan dificultades sobre la prueba del daño, pero bajo ningún concepto deben admitirse aplicaciones irrestrictas. Su evaluación queda al libre criterio de los jueces, serán ellos quienes finalmente realizaran una apreciación intelectual destinada a determinar si el daño es producto inevitable del acto ilícito.

La aplicación del daño *in re ipsa* bajo ningún concepto se debería aplicar en los casos de su cuantificación, esta debe ser debidamente cuantificada por quien lo solicita.

## X

Al ser la causalidad un elemento complejo, han existido una diversidad de teorías que han tratado de dar una respuesta a este problema. Pero es la teoría de la causalidad adecuada la más indicada. Habrá causalidad adecuada cuando entre un acto desleal y un daño, concluimos que dicho comportamiento es *conditio sine qua non* del daño desleal. Es decir, que solo se considera causa del daño desleal aquel acto sin el cual el daño no se habría producido.

Pero no podemos cerrarnos a la aplicación de una sola teoría, la causalidad debe ser flexible por lo que se aplicarán las diversas teorías que puedan resolver el caso concreto. En todo caso, es el juez quien en la práctica determinará que teorías se aplican de acuerdo al caso que se pretenda resolver.